

抵当権と民法177条

——近時の3つの最高裁判決の分析——

張 洋 介

1. はじめに
 - (1) 課題設定
 - (2) 分析の前提条件
2. 平成23年判決
 - (1) 事案の概要と判旨
 - (2) 平成23年判決の論理とそれに対する評価
 - (3) 小括
3. 平成24年判決
 - (1) 事案の概要と判旨
 - (2) 平成24年判決の論理とそれに対する評価
 - (3) 小括
4. 平成25年判決
 - (1) 事案の概要と判旨
 - (2) 平成25年判決の論理とそれに対する評価
 - (3) 小括
5. 3つの最高裁判決の関係についての分析
 - (1) 判旨の確認
 - (2) 共通点, 抽出しうる規範
 - (3) 平成23年判決の位置づけについて
6. おわりに

1. は じ め に

(1) 課題設定

近年, 対抗要件を欠く土地に関する権利について, その後に設定・登記

された抵当権に対して登記なくして対抗することが可能かが争点となった最高裁判決が3年連続で現れた。以下の3つの判決である。

①最高裁平成23年1月21日第二小法廷判決判時2105号9頁（以下、「平成23年判決」という。）

：抵当権設定登記後に賃借権の時効取得に必要な期間不動産を用益した者が賃借権の時効取得を当該不動産の競売または公売による買受人に対抗することの可否が争われたもの。

②最高裁平成24年3月16日第二小法廷判決民集66巻5号2321頁（以下、「平成24年判決」という。）

：不動産の取得時効の完成後、所有権移転登記がされることのないまま、第三者が原所有者から抵当権の設定を受けて抵当権設定登記を了した場合における、再度の取得時効の完成と上記抵当権の消長が争点となったもの。

③最高裁平成25年2月26日第三小法廷判決民集67巻2号297頁（以下、「平成25年判決」という。）

：通行地役権者が承役地の担保不動産競売による買受人に対して地役権設定登記がなくとも通行地役権を主張することができるかが争われたもの。

平成23年判決と平成24年判決とでは、これまで所有権対所有権の関係で積み上げられてきたいわゆる「時効と登記」に関する判例法理が、それぞれ賃借権対抵当権の関係、および所有権対抵当権の関係でも適用されるかが問題とされており、平成25年判決は、未登記地役権者対承役地譲受人の判例法理が承役地の抵当権者およびその抵当権実行による買受人に対しても適用されるかが問題となっており、前2者と後者は別々の論点であると位置づけることも可能であろう。

しかし、それぞれの判例評釈においては平成23年判決と平成24年判決の関係性について論じられることは多いし、また、平成25年判決の評釈において平成23年判決との関係性について触れられるものも少なく

(1) したがって、これら3つの判決を、平成23年判決と平成24年判決との対比および平成23年判決と平成25年判決との対比において分析することは必要であろう。

さらに、これら3つの判決は、紛争類型において共通する点がある。それは、「時効と登記」の問題領域における分類である二重譲渡型の有効未登記型の紛争という点である。具体的には、甲土地原所有者Aが、Bに対して、平成23年判決では賃借権を設定し、平成24年判決では所有権の移転がされ、平成25年判決では通行地役権の設定がされたが、それぞれ対抗要件を備えていない間に、Aが第三者Cのために抵当権を設定し、その抵当権が実行された事実ということになる。平成23年判決と平成25年判決では、それぞれ買受人Dが現れ、先行して設定されていた賃借権、地役権が買受人に対抗しうるかが争われ、平成24年判決はCの抵当権の実行手続としての競売の不許が認められるかが争われた。

これらの争点について、最高裁は、平成23年判決のみ抵当権者に対抗し得ないため買受人にも対抗し得ないとする結論を下したが、残りの2判決では登記なくして対抗することができる可能性を認めている。⁽²⁾つまり、抵当権者の側からすれば、民法177条に従い登記をしたにもかかわらず、その権利を第三者に対抗できないという可能性が3件の事件のうち2件で生じたということになる。これまで、不動産の物権変動に関して民法177条が適用されるか否かが争われたケースは多く、判例・学説とも蓄積されている。しかし、対抵当権についてこれだけまとまって最高裁が判断

(1) たとえば、横山美夏「判批」民商法雑誌149巻2号（2014年）26頁、武田直大「判批」阪大法学64巻5号（2015年）341頁など。

(2) それぞれ一定の留保が付されているので、あくまでも可能性が認められたということになる。詳しくは、それぞれの判決の分析の際に言及する。

を下したということも稀なことであろう。そこで、本稿では、これらの3つの判決を年代順に取り上げ、それぞれの判決がそれぞれの時点でどのように評価されているかを概観したうえで、3つの判決の関係性を分析し、これら3つの判決から共通する要素を抽出できるかを検討したい。⁽³⁾

(2) 分析の前提条件

分析に際して、あらかじめ本稿における分析枠組みを明確にしておきたい。本稿の目的は、上で述べたように3つの最高裁判決の関係性、とくにその整合性の検討にあり、また、この3つの判決に共通する規範の抽出である。したがって、それぞれの判決に対する具体的な批評や、その判決に関する学説の是非などを論じることを目的とするものではない。また、それに関連して、「時効と登記」に関する判例理論、とくに5つの準則につ⁽⁴⁾

(3) 判例の分析方法については高橋真『民事判例の観察と分析』成文堂2019年に示唆を受けた。

(4) 5つの準則とは以下のとおり。

第1準則：時効取得者Aと時効期間満了時の所有者Bは、時効による所有権の得喪の「当事者」であるから、AはBに登記なくして時効取得を対抗できる（大判大7・3・2民録24輯423頁）。

第2準則：時効期間の満了前に売買等により当該不動産の所有者がBからCへ交替しても、時効取得者と時効期間満了時の所有者という関係は同じであり、取得時効により反射的に所有権を失う「当事者」であるから、AはCに対して登記なくして時効を対抗できる（最判昭41・11・22民集20巻9号1901頁）。

第3準則：Aの時効期間の満了後に、売買棟に寄り不動産所有者がCからDへ交替した場合、AはDに対して登記をしなければ時効取得を対抗できない（大連判大14・7・8民集4巻412頁）。

第4準則：取得時効の起算点は占有開始時に固定される（最判昭35・7・27民集14巻10号1871頁）

第5準則：第3準則によりいったん第三者Dに時効取得を対抗できなくなったAも、Dが登記をした時点からさらに取得時効に必要な期間

いては、所与のものとして扱いそれ自体の是非を論じないこととする。これまで蓄積された不動産物権変動論に関する判例・学説の蓄積は膨大なものであり、とくに、「時効と登記」に関する判例・学説はかなり膨大でかつ優れた先行研究が多い。本稿は、あくまでもこれらを前提にしたうえで3つの判決を分析することとし、これまでの判例理論の妥当性およびそれに関する諸々の学説の検討は分析の対象からは外している。もちろん、判例の5つの準則についてその妥当性に筆者も疑問は持っており、また、これに関する学説の蓄積も改めて検討する必要があると考えているが、それらについてはまた稿を改めて検討したい。

2. 平成23年判決

(1) 事実の概要と判旨⁽⁵⁾

事実の概要

Aは、昭和16年10月5日、Bとの間で、本件土地につき建物所有を目的とする賃貸借契約を締結し、その頃から本件土地上に建物（以下、「旧建物」という。）を所有して本件土地を占有していた。Aは、昭和27年4月15日に死亡し、妻であるY₁は、本件土地の借地権を相続し、以後本件土地上の旧建物を所有していたが、旧建物は昭和30年頃に取り壊され、新建物1が建築され、さらに昭和39年にアパートである新建物2が建築された。しかし、これらの建物の建物保存登記はされていなかった。Y₁

の占有を継続すれば、Aは時効取得をDに対して登記なくして対抗できる（最判昭36・7・20民集15巻7号1903頁）。

論者によれば3つあるいは4つの準則とするものもあるが、ここでは5つの準則とした。この点については、松岡久和『物権法』（成文堂2017年）168頁を参照。

(5) 平成23年判決における争点の明確化のため、第一審判決および第二審判決ともにその判決理由を引用した。

は、地主であるBに地代を継続して支払い、本件土地の占有を継続してきた。そして、遅くとも、平成8年以降月額3万円の地代をBの相続人であるCに対し支払ってきた。

他方で、財務省（当時は大蔵相）は、平成8年12月20日、債権額を5億9630万1000円（相続税および利子税が被担保債権となっているようである）とし、債務者をDとする、抵当権設定登記を本件土地について経由したが、その登記前にY₁は、借地権について登記したり、新建物1および2について所有権保存登記をするなどして借地権についての対抗要件を具備することはなかった。なお、新建物1および2の建物保存登記は平成14年8月13日にされている。

Xは、平成18年12月11日、公売により本件土地の所有権を取得し、同月25日、その旨の所有権移転登記を経由した。Y₁は、Xが公売により本件土地を取得したことを知り、地代の支払いを申し出たが、Xはその受領を拒絶。Xが、Y₁に対し新建物1および2の収去と本件土地明渡しを請求、Y₂およびY₃に新建物1および2からの退去と本件土地の明渡しを請求した。なお、Y₂およびY₃は、新建物の一部をY₁から賃借している建物賃借人である。Xからの請求に対してY₁は、反論として、①本件土地についての借地権の時効取得した、②Xが背信的悪意者としてY₁の本件土地の借地権についての対抗要件欠缺を主張する正当な利益を有しない第三者である、③Xの請求は権利濫用に該当するなどを主張した。

第一審（東京地判平成20年6月19日金判1365号26頁）は、Y₁による①の借地権の時効取得を認めXの請求を棄却した。理由は以下のとおり。

「Y₁が、亡夫であるAが本件土地の賃貸借契約を締結し借地権を取得した昭和16年10月5日以降Aを含め10年ないし20年の間、借地権を有するものと信じて本件土地を占有し、賃貸人である地主BおよびCに対して地代を継続的に支払ってきたのであるから、遅くとも20年を経過した昭和36

年10月5日には本件土地の借地権を時効取得したものと認められ、借地権の取得時効が完成しても、その登記がなければその後には借地権設定登記を経由した抵当権者に対しては時効による権利の取得を対抗し得ないが、借地権設定登記後に引き続き借地権の時効取得に必要な期間占有を継続するなどした場合には、その抵当権者に対し、登記を経由しなくとも時効取得をもって対抗することができるものと解するのが相当である。

そして、 Y_1 が X に対し、平成19年9月6日の本件口頭弁論期日において、借地権の取得時効を援用する旨の意思表示をしたことは当裁判所に顕著であるところ、前記認定事実によれば、 Y_1 は、遅くとも本件借地権の設定登記の日である平成8年12月20日から10年間、善意無過失で借地権を有するものと信じて本件土地を占有し、賃貸人である地主に対して地代を継続的に支払ってきたのであるから、平成18年12月20日をもって本件土地の借地権を時効取得したものと認められる。

そうすると、 Y_1 は、時効取得した借地権を平成8年12月20日に設定された本件借地権の抵当権者である財務省（旧大蔵省）に対抗することができる、その間の平成18年12月11日に本件借地権の実行としての担保物処分による公売により本件土地の所有権を取得し同月25日その旨の所有権移転登記を経由した X に対し、登記なくして本件土地の借地権を対抗することができるというべきである。」

X 控訴。

原審（東京高判平成21年1月15日金判1365号21頁）は、 X の請求を認容。理由は以下のとおり。

「賃借権が成立している土地に借地権が設定登記されたとしても、当該賃借権に何らの影響を及ぼすものではないし（賃借権と借地権の優先関係は対抗要件具備の先後により定まるにすぎない。）、また、土地賃借権の時効取得が一定の要件の下で認められるのは、一方で継続した事実状態を保

護する結果として土地の用益を続けてきた者を保護する反面、当該状態を漫然と放置し、権利の上に眠る者を保護しないとの趣旨によるものであると解されるところ、抵当権は、目的物の占有を抵当権設定者から奪うことなく、目的物の交換価値を直接かつ排他的に支配する権利であって、抵当権者は第三者による賃借権の時効取得を中断する手段を有しないから、仮に抵当権者が第三者の占有使用に対して自らの権利を行使するなどの行為に出なかったとしても、権利の上に眠る者とはいえないこと、第三者が抵当権の目的物たる不動産について賃借権を時効取得した場合において、当該抵当権が将来実行されたときに、買受人が賃借権の負担の付いた不動産所有権を取得する旨を明定した規定は存しないこと、さらには、抵当権設定登記後、第三者が賃借権を時効取得し、これを抵当権に対抗し得る可能性を肯定すると、不動産担保融資に混乱が生じることは避けられない上、現行の民事執行実務をも見直す必要が生じることが認められ、これら諸事情によれば、賃借権との関係で抵当権設定登記時を取得時効の起算点とすることはできないし、Y₁が抵当権設定登記後、賃借権の時効取得に必要な期間、本件土地の用益を継続したとしても、現行法上、本件抵当権の抵当権者、及び本件抵当権が握持した担保価値をそのまま引き継ぐものと解される本件土地の公売手続における買受人Xに対する関係において、本件賃借権を時効取得するということはできず、Xは本件賃借権の負担の付いた本件土地を買い受けることにはならないものと解するのが相当である。]

Y₁は上告受理申立て。その主張は、最一小判昭和36・7・20民集15巻7号1903頁を引用し、抵当権設定登記時から賃借権の時効取得に必要なとされる期間、本件土地を継続的に用益して賃借権を時効により取得、この賃借権をXに対抗することができるというもの。

判旨（上告棄却）

「抵当権の目的不動産につき賃借権を有する者は、当該抵当権の設定登記190(190) 法と政治 71巻1号 (2020年5月)

記に先立って対抗要件を具備しなければ、当該抵当権を消滅させる競売や公売により目的不動産を買い受けた者に対し、賃借権を対抗することができないのが原則である。このことは、抵当権の設定登記後にその目的不動産について賃借権を時効により取得した者があったとしても、異なるところはないというべきである。したがって、不動産につき賃借権を有する者がその対抗要件を具備しない間に、当該不動産に抵当権が設定されてその旨の登記がされた場合、上記の者は、上記登記後、賃借権の時効取得に必要とされる期間、当該不動産を継続的に用益したとしても、競売又は公売により当該不動産を買い受けた者に対し、賃借権を時効により取得したと主張して、これを対抗することはできないことは明らかである。

これと同旨の原審の判断は、正当として是認することができる。所論引用の上記判例は、不動産の取得の登記をした者と上記登記後に当該不動産を時効取得に要する期間占有を継続した者との間における相容れない権利の得喪にかかわるものであり、そのような関係にない抵当権者と賃借権者との間の関係に係る本件とは事案を異にする。また、所論引用に係るその余の判例も、本件に適切でない。論旨は採用することができない。」

(2) 平成23年判決の論理とそれに対する評価⁽⁶⁾

(6) 平成23年判決に関する解説・評釈類として次のものがある。秋山靖浩「不動産判例の動向」現代民事判例研究会編『民事判例Ⅲ2011年前期』（日本評論社、2011年）48頁以下、阿部裕介「判批」『民法判例百選Ⅰ総則・物権第8版』（有斐閣2018年）98頁、石田剛「判批」リマークス44号（2012年）21頁、大久保邦彦「判批」セレクト2011Ⅰ（法教別冊377号、2012年）、香川崇「民事判例研究」法時84巻12号（2012年）107頁、金子敬明「抵当権と時効—最近の三つの最高裁判決を機縁として」千葉大学法学論集27巻3号（2013年）56頁、草野元己「判例紹介」民商145巻4・5号（2011年）124頁、古積健三郎「判批」平成23年度重判解（2012年）71頁、同「抵当権と賃借権の時効取得との関係」新・判例解説 Watch（法学セミ

Xが、本件土地所有権に基づいてYらに対して建物収去土地明渡しを請求したのに対して、Yらの反論として昭和16年10月からの土地占有および地代の支払いによる賃借権の時効取得、そして、平成8年12月20日に財務省（当時は大蔵相）がした抵当権設定登記時から10年の取得時効を主張したことから、時効と登記の第5準則（最判昭和36年7月20日民集15巻7号1903頁、以下、「昭和36年判決」という。）、いわゆる敗者復活準則が賃借権の時効取得者と抵当権者との関係にも適用されるかが争点となった。

まず、この時点での関連する判例を確認しておこう。賃借権の時効取得については、昭和43年10月8日の最高裁判決⁽⁷⁾以来、土地所有者と賃借人の間の賃貸借契約が何らかの理由で存在しなかった場合に認められるだけでなく、土地所有者以外の者との賃貸借契約に基づく賃借権の時効取得も認められている⁽⁸⁾。

次に、二重譲渡有効未登記型においても、第一譲渡は所有権の移転だが、第二譲渡が所有権の移転ではなく抵当権の設定とその抵当権の実行により現れた買受人との関係に第二準則を適用する（いわゆる自己の物の時効取得を認めた⁽⁹⁾）判例（以下、「昭和42年判決」という。）が存在し、所有権対抵当権においては時効と登記の5準則が適用されることは認められていた。

したがって、本件における争点は、賃借権対抵当権の関係においても時

ナー増刊) 10号 (2012年), 宗宮英俊「判例紹介」NBL 957号 (2011年) 123頁, 常岡史子「判批」法の支配163号 (2011年) 74頁, 中川敏宏「判批」法セ680号 (2011年) 150頁, 松久三四彦「判批」金法1953号 (2012年) 33頁など。

(7) 最判昭和43年10月8日民集22巻10号2145頁。

(8) いわゆる他人物賃貸型。最判昭和62年6月5日判時1260号7頁。

(9) 最判昭和42年7月21日民集21巻6号1643頁。

効と登記の5準則が適用されるかという点にあった。第一審判決は、5準則の適用を前提に第5準則の適用を認めたが、原審はこれを否定、最高裁も原審を支持して第5準則の適用を否定した。

平成23年判決における最高裁の論理は、抵当権設定登記時に対抗し得る利用権が存在しなければ、その後、その利用権に基づいていくら占有を継続しようが、その抵当権に対抗し得ず、したがって、その抵当権が実行され買い受けた者に対してもその利用権を対抗することはできないというものである。そして、第5準則が適用されない理由として、第5準則は、不動産の取得の登記をした者と上記登記後に当該不動産を時効取得に要する期間占有を継続した者との間における「相容れない権利の得喪」に関わるものであり、賃借権の時効取得者と抵当権者との間にはそのような関係にないというものであった。

確かに、そもそも時効と登記の5準則のうち第2準則は、所有権を時効によって取得する者と喪失する者の当事者に関する準則であり、この時効取得の登記は移転取得の方法が採られている。そのことから考えれば、賃借権と抵当権との関係では、時効取得した権利を抵当権者が失うという関係にはないし、この場合に時効取得を認めたとして登記はどのような登記⁽¹⁰⁾になるのかが不明であるとの指摘もされている⁽¹¹⁾。

また、最高裁が賃借権に基づく妨害排除請求を対抗要件を備えた賃借権のみに認めている点などに着目したうえで、賃借権につき対抗要件の有無によって扱いを異にしていることを考えれば、対抗要件を備えない賃借権には、原則として第三者効がなく、時効取得された賃借権も所有者との間で相対的に認められる債権的な権原にすぎないために、抵当権者と賃借権との間には権利の競合関係が生じる余地はないとの理解も成り立つ⁽¹²⁾。さら

(10) この指摘は、松久前掲注(6)、35頁を参照。

(11) 金子前掲注(6)、40頁。

に、原審が指摘していたように、抵当権者やその買受人にとって、Yの賃借権の時効取得を中断（更新）させる手段がないこと、および、Yの賃借権の時効取得による対抗を認めると、不動産担保融資や民事執行実務への影響⁽¹³⁾が大きいといった実質的な理由を指摘することも可能である。

しかし、平成23年判決の論理に対しては、疑問も提示されている。それは、抵当権者と賃借権者とは相容れない権利の得喪が生ずる当事者にあたらぬという根拠に対して、抵当権と賃借人との関係においても、賃借人が抵当権実行等による当該不動産の買受人に自己の賃借権を対抗し得なければ賃借権を失うという意味では、相容れない権利の得喪が生じる潜在的な関係であるとするもの⁽¹⁴⁾である。

(3) 小括

以上が、平成23年判決とその評価である。この時点では、当然のことながら、平成24年判決も平成25年判決もまだ現れていないため、賃借権と抵当権との関係は、相容れない権利の得喪関係にないという理由も、一定の説得力を有していたと考えられる。しかし、続く2つの判決によって、その説得力に疑問が生じることになる。そのことについては残る2つの判決を概観してから述べるとして、平成23年判決の事案の特徴は次の点にあると考えている。それは、賃借権の時効取得が主張されているが、本件において本件土地の賃貸借契約は、昭和16年10月にA B間で締結されて以降ずっと有効（本件土地の所有者と賃借人との有効な契約）であったという点である。公売により買受人Xに本件土地の所有権が移転して初めて、

(12) そのように指摘するものとして、石田前掲注(6)、21頁。古積前掲注(6)、71頁、香川前掲注(6)、109頁も同旨。

(13) 金子前掲注(6)、40頁、中川前掲注(6)、150頁など。

(14) 秋山前掲注(6)、48頁、草野前掲注(6)、538頁など。

いわゆる他人物賃貸借となった事案である。したがって、この点を捉えるならば賃借権の時効取得の起算点はXが本件土地の所有権を取得した時点からであるはずであり、そのように解すると時効取得に必要とされる期間は全く足りていないことになる。結局のところ、本件での争点は、対抗力の不備が一定の期間の賃貸借の継続によって治癒されるのかという点にある。そして、最高裁は判旨のとおり、抵当権設定登記時に対抗し得る賃借権でない以上、その後どれだけ時間が経過しても対抗し得ないという結論を出したということになろう。その理由づけについては上で述べたとおり、続く2つの判決の出現により疑問が生じることになる。そこで、続いて平成24年判決をみてみよう。

3. 平成24年判決

(1) 事実の概要と判旨

事実の概要

Aは、昭和45年3月当時、鹿児島県の奄美大島にある約3万平方メートルの原野（以下、「本件旧土地」という。）を所有しており、これをXに代金45万円で売却したが、所有権移転登記はされなかった。Xは、遅くとも同月31日から本件旧土地について占有を開始し、サトウキビ畑として耕作をしていた。

Aの子Bは、昭和57年1月13日、本件土地につき相続を原因とする所有権移転登記を了した。そのうえで、昭和59年4月19日、本件土地につきYのために抵当権（以下、「本件抵当権1」という。）を設定し、同日その旨の抵当権設定登記を経由した。また、昭和61年10月24日にもYのために抵当権（以下、「本件抵当権2」という。）を設定した上、その旨の登記を経由した（本件抵当権2については、平成9年12月11日に被担保債権を完済したことにより、消滅している）。

Xはこのことを知らないまま本件土地をサトウキビ畑として耕作し、その占有を継続していた。平成11年2月、本件旧土地が土地改良事業の対象となり、平成17年3月には換地処分になり本件旧土地は4筆の土地に換地された（この4筆の土地の一部を「本件土地」という。）が、その換地処分以降も、本件土地を含むこれらの土地をサトウキビ畑として耕作し、占有している。

平成18年9月29日、Yの申立てにより、本件抵当権1に基づき、本件土地について担保権実行としての競売手続開始決定がされ、債権者であるYのために差押えがされた。この担保不動産競売手続について、Xは、その手続の排除を求める第三者異議の訴えを提起した。なお、Xの申立てにより、この担保不動産競売手続については平成20年7月31日に停止決定がされている。また、Xは、Bに対し、平成20年8月9日、本件土地の取得時効を援用するとの意思表示をしている。

第一審判決（鹿児島地名瀬支判平成21年6月24日）および原審（福岡高宮崎支判平成21年11月27日）は、Yがした本件抵当権2の設定登記時（昭和61年10月24日）を起算点とする10年の取得時効の成立を認めXの請求を認容した。Yが上告受理申立て。

判旨（上告棄却）

「4（1）時効取得者と取得時効の完成後に抵当権の設定を受けてその設定登記をした者との関係が対抗問題となることは、所論のとおりである。しかし、不動産の取得時効の完成後、所有権移転登記がされることのないまま、第三者が原所有者から抵当権の設定を受けて抵当権設定登記を了した場合において、上記不動産の時効取得者である占有者が、その後引き続き時効取得に必要な期間占有を継続したときは、上記占有者が上記抵当権の存在を容認していたなど抵当権の消滅を妨げる特段の事情がない限り、上記占有者は、上記不動産を時効取得し、その結果、上記抵当権は消滅す

ると解するのが相当である。その理由は、以下のとおりである。

ア 取得時効の完成後、所有権移転登記がされないうちに、第三者が原所有者から抵当権の設定を受けて抵当権設定登記を了したならば、占有者がその後いかに長期間占有を継続しても抵当権の負担のない所有権を取得することができないと解することは、長期間にわたる継続的な占有を占有の態様に応じて保護すべきものとする時効制度の趣旨に鑑みれば、是認し難いというべきである。

イ そして、不動産の取得時効の完成後所有権移転登記を了する前に、第三者に上記不動産が譲渡され、その旨の登記がされた場合において、占有者が、上記登記後に、なお引き続き時効取得に要する期間占有を継続したときは、占有者は、上記第三者に対し、登記なくして時効取得を対抗し得るものと解されるところ（最高裁昭和34年（オ）第779号同36年7月20日第一小法廷判決・民集15巻7号1903頁）、不動産の取得時効の完成後所有権移転登記を了する前に、第三者が上記不動産につき抵当権の設定を受け、その登記がされた場合には、占有者は、自らが時効取得した不動産につき抵当権による制限を受け、これが実行されると自らの所有権の取得自体を買受人に対抗することができない地位に立たされるのであって、上記登記がされた時から占有者と抵当権者との間に上記のような権利の対立関係が生ずるものと解され、かかる事態は、上記不動産が第三者に譲渡され、その旨の登記がされた場合に比肩するといえることができる。また、上記判例によれば、取得時効の完成後に所有権を得た第三者は、占有者が引き続き占有を継続した場合に、所有権を失うことがあり、それと比べて、取得時効の完成後に抵当権の設定を受けた第三者が上記の場合に保護されることとなるのは、不均衡である。

（2）これを本件についてみると、前記事実関係によれば、昭和55年3月31日の経過により、Xのために本件旧土地につき取得時効が完成した

が、Xは、上記取得時効の完成後にされた本件抵当権の設定登記時において、本件旧土地を所有すると信ずるにつき善意かつ無過失であり、同登記後引き続き時効取得に要する10年間本件旧土地の占有を継続し、その後取得時効を援用したというのである。そして、本件においては、前記のとおり、Xは、本件抵当権が設定されその旨の抵当権設定登記がされたことを知らないまま、本件旧土地又は本件各土地の占有を継続したというのであり、Xが本件抵当権の存在を容認していたなどの特段の事情はうかがわれない。

そうすると、Xは、本件抵当権の設定登記の日を起算点として、本件旧土地を時効取得し、その結果、本件抵当権は消滅したというべきである。]

なお、本判決に対しては裁判官古田佑紀の補足意見が付されているが、主として民法397条の解釈に関するものであるので、本稿では割愛させていただきます⁽¹⁵⁾。

(2) 平成24年判決の論理とそれに対する評価⁽¹⁶⁾

(15) なお、古田裁判官の補足意見の概略は次のようなものである。抵当権は、非占有担保であり、抵当権者は被担保債権の債務不履行が生じない限り抵当権を実行することができず、したがって、占有者の取得時効の中断（更新）の手段が確保されるべきことを前提に、Xのような占有者の抵当権設定時からの再度の時効取得を認めるべきとする。さらに、法廷意見は、民法162条の効果の反射的效果として抵当権の消滅を認めるが、民法397条の規定から取得時効期間占有が継続されたこと自体によって抵当権が消滅すると解することが可能としており、このことから、民法397条の解釈において有力説の立場にたつて本件の解決をすべきとの立場であると考えられる。

(16) 平成24年判決に関する評釈類は以下のものがある。

新井敦志「判批」立正47巻1号（2013年）193頁、石口修「判批」愛大194号（2013年）71頁、石田剛「判批」リマークス46（2013〈上〉）（2103年）18頁、五十川直行「判批」平成24年度重判解（有斐閣、2013年）69頁、伊

この事件も二重譲渡の有効未登記型に分類される事案である。平成23年判決の事案が、対抗要件を欠く賃借権対登記された抵当権であったのに対して、平成24年判決は対抗要件を欠く所有権対登記された抵当権の事案である。すでに述べたように、自己の物の時効取得を認めた昭和42年判決は、対抗要件を欠く所有権対登記された抵当権の類型であったが時効と登記の第2準則を適用している。したがって、これを前提に本件では、対抗要件を欠く所有権対登記された抵当権の類型に第5準則も適用される

藤栄寿「判批」銀法747号（2012年）4頁，岩川隆嗣「判批」法協131巻9号（2014年）240頁，梶村寛道「判批」NBL985号（2012年）92頁，占部洋之「判批」金法1964号（2013年）38頁，大久保邦彦「判批」民商146巻6号（2012年）563頁，香川崇「判批」月報司法書士486号（2012年）12頁，角紀代恵「判批」現代民事判例研究会編『民事判例IV2012年後期』（日本評論社，2012年）128頁，加藤好隆「判批」ビジネス法務12巻10号（2012年）10頁，金子前掲注（6），草野元己「抵当権と時効・再論序説—最判平成15・10・31および最判平成24・3・16の位置づけに向けて」法と政治68巻2号（2017年）51頁，同『『抵当権と時効』問題と民法397条—最判平成15・10・31及び最判平成24・3・16の位置づけに向けて』深谷格＝西内裕介編著『大改正時代の民法学』（成文堂，2017年）105頁，同『『抵当権と時効』問題と近時の判例についての一考察—最判平成15・10・31及び最判平成24・3・16の位置づけをめぐって』関西学院大学出版会2019年，古積健三郎「判批」新・判例解説 Watch 12巻（2013年）95頁，田中淳子「判批」愛媛39巻3・4号（2013年）163頁，中村肇「判批」金判1412号（2013年）2頁，西村曜子「判批」北法63巻6号（2013年）22頁，平野裕之「判批」金法1977号（2013年）33頁，松尾弘「判批」法セ694号（2012年）130頁，松岡久和「判批」『民法判例百選I総則・物権第8版』（有斐閣2018年）118頁，松田佳久「再度の時効援用により消滅する抵当権」九国23巻1・2・3号（2017年）383頁，矢澤久純「判批」北九州41巻1号（2013年）112頁，矢田尚子「判批」日本不動産学会誌26巻2号（2012年）114頁，吉田邦彦「判批」判評649号（2012年）2頁，など。また，本件原告Xの代理人であった弁護士鳥生尚美「解説」法セ697号（2013年）も参照。

のが争点となった。ただし、この時点での判例として、本件と同じように抵当権設定登記時から再度の時効取得の援用による抵当権の消滅が争点となった最判平成15年10月31日判時1846号7頁（以下、「平成15年判決」という。）が、抵当権設定登記時からの再度の時効取得の援用を否定しており、また、平成23年判決も抵当権設定登記時からの再度の賃借権の時効取得を否定していたため、本件における最高裁の判断に注目が集まった。さらに、平成24年判決は、時効と登記の5準則の適用問題だけでなく、Xの請求が認められると、取得時効によって抵当権が消滅することから、民法397条の解釈の問題にも関係することになったため、この問題に対する最高裁の立場が改めて注目されることになった。

論点を整理すると、①所有権対抵当権の事案においても、時効と登記に関する判例の5準則が適用されるか、②抵当権消滅についての民法397条の⁽¹⁸⁾解釈、③平成15年判決との関係性、④再度の時効の起算点をいつとす

(17) 民法397条に関する議論も活発に議論がされ、優れた先行業績が多く存在する。本稿では必要最小限でのみ取り扱うが、一応確認しておくとして、判例・通説の立場は、民法162条により抵当不動産が占有者により時効取得される結果、その反射的效果として抵当権が消滅するとし、民法397条はそれを確認するだけの規定であり積極的な意味はないと解する。これに対して、同条は抵当権に特殊な消滅時効を定めたものと解するのが有力説である。民法397条に関するものとして、草野元己前掲『抵当権と時効』、角紀代恵「抵当権の消滅と時効」みんけん595号（2006年）13頁、古積健三郎「時効による抵当権の消滅について」平井一雄先生喜寿記念『財産法の新動向』（信山社、2012年）97頁以下、金子前掲注(6)などを参照。

(18) 民法397条の解釈については、抵当権設定より先に占有を始めた場合と抵当権設定後に占有を開始した場合を区別し、前者には民法397条を適用しないとす古積教授の主張が説得的であると考えているが、この問題に関しては改めて検討したい。

(19) 平成15年判決との関係性についても改めて検討したいが、そもそも、平成15年判決は境界紛争型であり平成24年判決は有効未登記の二重譲渡型

べきか、⑤占有者の抵当権の存在を容認していたなどの特段の事情とはどのようなものか、⑥抵当権者の時効中断（更新）の手段とその行使可能性などが挙げられる。

本稿の目的は、平成23年判決、平成24年判決、平成25年判決の3つの判決の関係性の分析であるため、ここでも平成23年判決との関係において平成24年判決がどのように評価されているかを分析したい。

まずは、最高裁の法廷意見を確認しよう。最高裁の法廷意見は、民法397条についてはこれまでの判例通説の立場を前提とし、抵当権設定登記時からの再度の時効取得を認め、取得時効の効果が原始取得であることの反射的效果として抵当権の消滅を認めた。ただし、取得時効を援用する占有者が抵当権の存在を容認していたなど抵当権の消滅を妨げる特段の事情がない限りという限定を付した。

最高裁が本件において再度の時効取得を認めた理由は、次の3点である。まず、①長期間にわたる継続的な占有を占有の態様に応じて保護すべきものとする時効制度の趣旨を鑑みれば、取得時効の完成後、所有権移転登記がされないうちに、第三者が原所有者から抵当権の設定を受けて抵当権設定登記を了したならば、占有者がその後いかに長期間占有を継続しても抵当権の負担のない所有権を取得することができないと解することは、是認しがたいというもの。②所有権対抵当権の関係においては、抵当権が実行されると占有者は、自らの所有権の取得自体を買受人に対抗することができない地位に立たされるため、抵当権の設定登記がされた時点から占有者と抵当権者との間には所有権対所有権の関係と比肩することができると

であるという紛争類型の違いがある。境界紛争型においては、占有者に登記の可能性がほぼないことから考えれば、民法177条は適用せずに、適用するとしても時効援用後に現れた第三者との関係に限定すべきではないか。いずれにせよ、改めて平成15年判決も検討したい。

いうもの。③昭和36年判決で第5準則が認められている以上、取得時効の完成後に所有権を得た第三者は、占有者が引き続き占有を継続した場合に、所有権を失うことがあるのに対して、取得時効の完成後に抵当権の設定を受けた第三者が保護されることとなるのは、不均衡であるというものである。

平成24年判決に対する判例評釈は、数多くあり、抵当権と時効の問題として、とくに平成15年判決との関係を論じるものが多い⁽²⁰⁾。では、平成23年判決との関係については、どのように評価されているのであろうか。平成23年判決では、最高裁は賃借権と抵当権とが「相容れない権利の得喪」にないという理由で賃借権の再度の時効取得を認めなかった。しかし、平成24年判決は抵当権設定登記時からの再度の時効取得を認める理由として、上述した理由②および③を挙げている。これらは矛盾なく両立するのであろうか、この点についてどのように説明されているかをみよう。

まず、理由①の時効制度の趣旨や③の利益衡量は、平成15年判決や平成23年判決の事例においても妥当することから、これらの2つの判決は実質的に修正されることになるとの評価がある⁽²¹⁾。たしかに、取得時効の完成後、抵当権が設定されると、その抵当権が実行されれば時効取得によって得られる自らの権利を買受人に対抗することができない地位に立たされるから、抵当権設定登記時から占有者と抵当権者との間には権利の対立関係が生ずるのは、平成23年判決の事案でも当てはまる。とすれば、今後、平成23年判決と同じようなケースが争われれば、平成24年判決を引用して抵当権設定登記時からの賃借権の再度の時効取得が認められる可能性はある。また、賃借権の時効取得事例は、最高裁レベルでもたくさん蓄積さ

(20) 代表的なものとして、草野前掲注(16)、や金子前掲注(6)、古積前掲注(16)、大久保前掲注(16)など。

(21) 松岡前掲注(16)、119頁。

れており、そこでは手続的瑕疵の治癒という機能を営んでいることからすれば、機能的には「時効と登記」の問題と同様であり、論理的にその法理がおよそ及ばないということにはならないという理解もある。⁽²²⁾

これに対して、平成23年判決と平成24年判決とは矛盾しないとみる見解が多数ある。まず、民法397条についてこれを抵当権の消滅時効の規定であると考え、平成15年判決も平成24年判決も民法397条が適用しうるケースであるが、平成23年判決のケースは、「買受人への対抗を持ち出すまでもなく、抵当権の消滅時効の要件を規定した397条は賃借人には適用されず、賃借人は被担保債権の消滅時効を援用するしかない⁽²³⁾」と位置づけるものがある。次に、賃借権が債権であり不動産賃借権についてもその対抗要件を備えない限り、時効取得ができないことを理由に、平成23年判決と平成24年判決とが矛盾しないと考えるものが多数ある⁽²⁴⁾。例えば、古積教授は、賃借権の取得時効に関しては対抗要件の原則を重視するにもかかわらず、所有権の取得時効についてはこれを重視しない点には疑問もあるとしながらも、「賃借権が本来的には債権であり、法定の要件を充足して初めて排他的効力を具備する点からは、排他的な賃借権の時効取得のためには法定の要件を具備した状態での継続的占有を要件とすることができ⁽²⁵⁾」るとする。その他にも、「賃借権はあくまでも債権であり、契約外の第三者との関係では目的物の利用について何の保護もないのが基本であ⁽²⁶⁾」るから、

(22) 吉田前掲注(16), 151頁。しかし、吉田教授は、賃借権の時効取得事例で登記がらみの治癒事例があまりないことも確かであり、抵当権事例、その執行との関係で、登記主義を貫く姿勢を裁判所が打ち出していると評価している。

(23) 平野前掲注(16), 36頁。

(24) 古積前掲注(16), 松尾前掲注(16), 松田前掲注(16), 矢澤前掲注(16), 金子前掲注(6)など。

(25) 古積前掲注(16), 97頁。松尾前掲注(16), 130頁もこれと同旨。

根本のところでは物権と債権の違い（排他性）は無視できないと説明するものや、「対抗要件のない不動産賃借権は、妨害排除すらできない権利であり、⁽²⁷⁾ 抵当権者のみならず、その競売人との関係においても、対立関係は生じない」と説明するものがある。

(3) 小括

不動産について賃借権の設定あるいは所有権の移転があり、それに基づいて占有を開始したが、対抗要件を欠いている状態で、抵当権が設定・登記された場合、その抵当権が実行されることによって、賃借権あるいは所有権が対抗できなくなるという点では共通している。しかし、賃借権は対抗できずに所有権であれば対抗できるとする理由はどこにあるのか。民法397条を抵当権の消滅時効を定めた規定であると解すれば、平野教授の説明は説得的である。しかし、最高裁は、平成24年判決ではそのような立場をとっていない。とすると、平成23年判決は実質的に修正されたとみるか、あるいは、賃借権が債権であり排他性を有しないことを理由に両判決は矛盾しないとみるかのどちらかであろう。仮に後者の立場であるとしても、その説明は説得的であるだろうか。そもそも、不動産の二重譲渡事例（所有権対所有権）において、未登記の第一譲受人は、登記を備えた第二譲受人に対しては所有権の取得を対抗できないが、譲渡人との関係においては所有権移転を主張できるという点では、賃借権の設定と異なるところはないのではないか。確かに、所有権に基づく妨害排除請求権などの物権的請求権は対抗要件の具備を問わない。その点では、物権と債権の違い（排他性）は確かに存在するが、ここで問題になっているケースは、対抗要件を欠く権利と、その後⁽²⁶⁾に現れた対抗要件を具備した権利との優劣、つ

(26) 矢澤前掲注(16)、45頁。

(27) 松田前掲注(16)、401頁。

まりは対抗問題である。対抗要件の欠缺（つまり第三者に対抗できない）という一種の瑕疵を長期間の占有によって治癒しうるかどうかという問題において、その権利に排他性があるかどうかを基準であるというのは、説得的な説明とはいいがたいのではないだろうか。いずれにせよ、平成23年判決と平成24年判決は、取得時効と登記の問題および397条の解釈の問題として焦点が当てられ、その点について議論がされている。そこで、次に平成23年判決と同じく対抗要件を欠く用益的権利と対抗要件を備えた抵当権との優劣が争われた平成25年判決を取り上げることで、時効と登記の問題や397条の問題とは異なる視点からみてみよう。

4. 平成25年判決

(1) 事実の概要と判旨

事実の概要

X₁～X₆が所有する各土地（工業団地内およびその周辺の土地）とYが所有する本件土地（合計4筆）とは国道1号線（4車線、中央分離帯あり）を挟んで東西に位置している。Y所有の本件土地は、もともと3筆をA会社が、残る1筆はA会社の代表取締役Bが所有していた。本件土地の一部である本件通路は、Xらが所有する各土地から国道の下を通るアンダーパスを通じて国道の南行き車線に合流する通路の一部である。この通路は、昭和55年頃までにX₂およびA会社により開設された。AとBは、Xらとの間で、古くは昭和55年頃から平成18年頃までの間にXらの所有するそれぞれの土地を要役地、Aらの所有する本件土地を承役地とする通行地役権を設定する合意をしたが、これらの通行地役権の設定登記はない。

Aが所有する本件土地のうちの1筆の土地につき、昭和56年C信用金庫を根抵当権者とする根抵当権が設定され、また、本件土地全部につき平成10年D金庫を根抵当権者とする根抵当権が設定され、それぞれその旨

の登記がされた。平成18年7月にD金庫から根抵当権の移転を受けたE社の申立てにより本件土地につき担保不動産競売の開始決定がされ、平成20年4月、買受人であるYが代金を納付して本件土地を取得し、登記も経由した。Yが本件通路の通行を妨害するようになったため、XらはYに対して上記通行地役権の確認を求めて提訴した。

第一審（津地裁平成22年8月17日判決）および原審（名古屋高裁平成23年5月19日判決）は、最判平成10年2月13日民集52巻1号65頁（以下、「平成10年判決」という。）に依拠しXらの請求を認容。その理由として、担保不動産競売手続による売却時に本件通路がXらによって継続的に使用されていることが客観的に明らかであり、かつ、YはXらが通路として使用していることについて認識していたか容易に認識し得たとして、Yが通行地役権設定登記の欠缺を主張するにつき正当な利益を有する第三者にあたらなかった。Yが上告受理申立て。

判旨（破棄差戻し）

「通行地役権の承役地が担保不動産競売により売却された場合において、最先順位の抵当権の設定時に、既に設定されている通行地役権に係る承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、上記抵当権の抵当権者がそのことを認識していたか又は認識することが可能であったときは、特段の事情がない限り、登記がなくとも、通行地役権は上記の売却によっては消滅せず、通行地役権者は、買受人に対し、当該通行地役権を主張することができるかと解するのが相当である。上記の場合、抵当権者は、抵当権の設定時において、抵当権の設定を受けた土地につき要役地の所有者が通行地役権その他の何らかの通行権を有していることを容易に推認することができる上に、要役地の所有者に照会するなどして通行権の有無、内容を容易に調査することができる。これらのことに照らす

と、上記の場合には、特段の事情がない限り、抵当権者が通行地役権者に対して地役権設定登記の欠缺を主張することは信義に反するものであって、抵当権者は地役権設定登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらず、通行地役権者は、抵当権者に対して、登記なくして通行地役権を対抗することができるかと解するのが相当であり（最高裁平成9年（オ）第966号同10年2月13日第二小法廷判決・民集52巻1号65頁参照）、担保不動産競売により承役地が売却されたとしても、通行地役権は消滅しない。これに対し、担保不動産競売による土地の売却時において、同土地を承役地とする通行地役権が設定されており、かつ、同土地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用され、そのことを買受人が認識していたとしても、通行地役権者が承役地の買受人に対して通行地役権を主張することができるか否かは、最先順位の抵当権の設定時の事情によって判断されるべきものであるから、担保不動産競売による土地の売却時における上記の事情から、当然に、通行地役権者が、上記の買受人に対し、通行地役権を主張することができるかと解することは相当ではない。

5 以上によれば、Y所有地の担保不動産競売による売却時に、本件通路が外形上通路として使用されていることが明らかであって、Xらが本件通路を使用していたことをYが認識していたか又は容易に認識し得る状況にあったことを理由として、XらがYに対し、通行地役権等を主張することができるとした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな違法がある。論旨は理由があり、原判決中Xらに関する部分は破棄を免れない。そして、Y所有地に抵当権が設定された当時の事情等について更に審理を尽くさせるため、上記の部分につき、本件を原審に差し戻すこととする。」

(2) 平成25年判決の論理とそれに対する評価⁽²⁸⁾

平成25年判決の事案は、通行地役権が設定されたが登記がされない間

に、承役地に抵当権が設定・登記され、その抵当権の実行により買い受けた買受人に対して、登記なくして通行地役権が対抗できるかが争点となった。所有権対抵当権の関係である平成24年判決において所有権対所有権の関係である昭和36年判決の規範が適用されるかが争点となったように、平成25年判決も、これ以前に、未登記の通行地役権が承役地の譲受人に対して（地役権対所有権の関係において）登記なくして対抗することができるとする平成10年判決が存在しており、この平成10年判決の規範が平成25年判決の事案にも適用されるかが争点となった。第一審、原審ともに、競売による買受け時の買受人の認識を基準として、地役権設定登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に該当しないとしたのに対して、平成25年判決では、最先順位の抵当権設定時の抵当権者の認識を基準として、登記なくして通行地役権を対抗し得ることとした。

この平成25年判決は、①最先順位の抵当権設定時を基準として、②「既に設定されている通行地役権に係る承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理

(28) 平成25年判決の解説評釈類として以下のものがある。

秋山靖浩「判批」セレクト2013 I（2013年）15頁、今尾真「判批」登情642号（2015年）110頁、岡本詔治「判批」リマックス49号（2014年）14頁、小山泰「判批」新・判例解説 Watch 14巻（2014年）79頁、同「演習民法」法教408号（2014年）152頁、同「判批」法時86巻6号（2014年）112頁、宗宮英俊「判例紹介」NBL 1015号（2013年）85頁、武田直大前掲注（1）、田中英司「判批」判評662号（2014年）16頁、常岡史子「判批」ひろば66巻12号（2013年）64頁、中川敏宏「判批」法セ722号（2015年）124頁、中里真「判批」福島26巻2号（2013年）93頁、西川佳代「判批」セレクト2013 II（2013年）32頁、松田佳久「判批」創法43巻3号（2014年）109頁、同「判批」銀法769号（2014年）36頁、武川幸嗣「判批」現代民事判例研究会編『民事判例Ⅷ2013年後期』（日本評論社、2014年）、山野目章夫「判批」平成25年度重判解（有斐閣、2014年）75頁、横山美夏前掲注（1）、米倉暢大「判批」法協131巻4号（2014年）155頁など。

的狀況から客観的に明らかで」あるかどうかという客観的要件と、③その
抵当権の抵当権者がそのことを認識していたか又は認識することが可能で
あったという主観的要件の双方が満たされる場合、④特段の事情がない限り、
⑤登記がなくとも、通行地役権は上記の売却によっては消滅せず、通
行地役権者は、買受人に対し、当該通行地役権を主張することができる、
というものである⁽²⁹⁾。まず注目すべきは、原審が担保不動産競売による売却
時の買受人の認識を基準としていたのに対して、最高裁はこれを否定し、
通行地役権者が承役地の買受人に対して通行地役権を主張することができ
るか否かは、最先順位の抵当権の設定時の事情によって判断されるべきと
した点である。これは、担保不動産競売において実行された抵当権に対し
て対抗できない利用権は競売による売却によって消滅する（民執188条・
59条2項）が、反対に、最先順位の抵当権設定時に対抗し得る利用権が
存在する場合には、その利用権は、抵当権に対抗できる結果として、その
抵当権の実行による買受人に対しても対抗できるという論理である⁽³⁰⁾。なお、
この利用権には、抵当不動産の賃借権も含まれることも付言しておこう⁽³¹⁾。

そして、平成25年判決は、最先順位の抵当権者が通行地役権の登記の
欠缺を主張することが信義に反する場合、通行地役権者は通行地役権を抵
当権者に対抗できるため、その抵当権の実行によっても通行地役権は消滅
しないという論理を採っている。最先順位の抵当権者が通行地役権の登記
の欠缺を主張することが信義に反する場合に該当するかどうかの基準とし
て平成10年判決を用いたということになる。

(29) 米倉前掲注(28)、164頁以下など参照。

(30) この論理は、法定地上権の成否に関する判例理論と共通する。例えば、
最判平成19年7月6日民集61巻5号1940頁など。

(31) あくまでも、抵当権設定より以前に対抗要件を備えた賃借権というこ
とになるが。

本稿で注目すべき点は、対抗要件を欠く利用権であっても、客観的要件および主観的要件を満たせば、特段の事情のない限り、抵当権者およびその実行による買受人にその利用権を登記なくして対抗しうる点であり、また、その前提として、抵当権者は抵当権設定時に目的不動産について登記簿等において対抗しうる権利の有無の調査だけでなく、現況調査もしなければならぬという点であろう。この点を重視すれば、次のようにもいえないか。

ある土地について賃貸借契約が締結され、その上に借地人が建物を建築して占有している場合には、抵当権者は、抵当権の設定時において、抵当権の設定を受けた土地につき建物所有者が借地権その他何らかの利用権を有していることを容易に推認することができる上に、建物所有者に照会するなどして借地権の有無、内容を容易に調査することができる。これらのことに照らすと、上記の場合には、特段の事情のない限り、抵当権者が借地権者に対して借地権設定登記の欠缺を主張することは信義に反するものであって、抵当権者は借地権設定登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者にあらず、借地権者は、抵当権者に対して、登記なくして借地権を対抗することができるかと解するのが相当であり、担保不動産競売により土地が売却されたとしても、借地権は消滅しない。

以上は、平成25年判決の判旨につき、通行地役権を借地権に置き換えただけである。実際に、すでに平成10年判決の射程に関する議論において、平成10年判決の規範につき、通行地役権に限定する立場、通行地役権及びこれに類する通行を目的とする土地賃借権に及ぶとする立場、通行地役権に限定せず利用権についての対抗問題に関する判例であるとして借

(32) 野澤正充「判批」リマークス18号（1999年）24頁。

(33) 横山美夏「判批」平成10年度重判解（有斐閣，1999年）64頁，秋山靖浩「判批」『不動産取引判例百選〔第三版〕』（有斐閣，2008年）185頁。

地権にも及ぶとする立場⁽³⁴⁾が存在する。平成25年判決についても、同じ議論が可能であり、上記のとおり借地権に置き換えた規範も存在しうる可能性はあると思われる。その可否および当否については、最後に検討したい。

(3) 小括

以上、平成25年判決について概観した。これまでの時効と登記の議論や抵当権の消滅に関する民法397条に関する議論とは異なる視点から、登記なくして抵当権に対抗し得る場面をみた。ここでは、抵当権が消滅するかどうかではなく、土地の用益を目的とする権利が、抵当権に対して登記なくして対抗し得るかという観点から議論がされている。最高裁は、平成25年判決で改めて抵当権設定時の抵当権者の認識、とくに抵当不動産に対する評価を重視する立場を明確にしたといえる。この点は、平成24年判決とも矛盾するものではない。平成24年判決においても、抵当権設定時に、抵当不動産の占有者が抵当権設定者ではない場合には、その占有者に対して占有権原を問い合わせるなどして、取得時効の完成を阻止することが可能であることが前提とされている。

また、利用権と抵当権との対抗関係という観点から考えると、土地所有者が利用権と抵当権の双方を同時に（あるいは別々に）設定することが可能であり、またその双方は両立しうる。したがって、利用権を設定したが対抗要件を具備しないうちに、土地所有者が抵当権を設定することは普通にあり得るケースであるといえる。そうすると、平成25年判決およびその前提である平成10年判決の規範の射程がどこまで及ぶのかは、重要な問題であるといえよう。通行権という土地の一部の負担の設定の場合に限定されとする立場、あるいは、利用権全般に適用されとする立場、ど

(34) 川井健「判批」民商119巻3号（1998年）103頁。

ちらもありうるといえよう。

5. 3つの判決の関係についての分析

(1) 判旨の確認

まず、改めて3つの判決を確認しておこう。平成23年判決は、賃借権が設定されたが対抗要件が備わっていない状態において、その土地に抵当権が設定され、その後抵当権が実行されて買受人が現れた事案であり、賃借人が抵当権設定登記時からの賃借権の時効取得を主張したのに対して、最高裁は、抵当権の目的不動産につき賃借権を有する者は、当該抵当権の設定登記に先立って対抗要件を具備しなければ、当該抵当権を消滅させる競売や公売により目的不動産を買い受けた者に対し、賃借権を対抗することができないのが原則であるとして、賃借権の時効取得を認めなかった。その理由として、昭和36年判決は、不動産の取得の登記をした者とその登記後に当該不動産を時効取得に要する期間占有を継続した者との間における「相容れない権利の得喪」にかかわるものであるが、抵当権者と賃借権者との間の関係はそのような関係にないというものであった。

次に、平成24年判決は、売買により第一譲渡がされたが未登記のまま占有を継続している間に、当該不動産に抵当権が設定され、その抵当権が実行されたために、土地占有者が担保不動産競売手続の不許を求めた事案であり、最高裁は、抵当権設定登記時から再度の時効取得を認め、その結果抵当権の消滅を認めた。その理由として、抵当権が実行されると自らの所有権の取得自体を買受人に対抗することができない地位に立たされるため、抵当権設定登記がされたときから占有者と抵当権者との間に権利の対立関係が生ずるのであって、この関係は所有権対所有権の関係に比肩しうるからというものであった。

最後に、平成25年判決は、通行地役権が設定されたが登記されない間

212(212) 法と政治 71巻1号 (2020年5月)

に、承役地に抵当権が設定され、その抵当権の実行による買受人に対して、要役地所有者が通行地役権を登記なくして対抗し得るかが争われた事案で、最高裁は、抵当権設定時の抵当権者の認識を基準として、一定の場合には抵当権者は通行地役権の登記の欠缺を主張するにつき正当な利益を有する第三者に含まれないとした。その理由として、土地の状況から何らかの通行権が設定されていることが客観的に明らかであり、そうすると抵当権を設定しようとする者はその土地に何らかの権利が設定されているかを確認することができる地位にある。それにもかかわらず、それをせずに、後になって登記の欠缺を主張することは信義に反するからというものであった。

(2) 共通点、抽出しうる規範

それでは、3つの判決に共通点はあるか。第一に、これらは一見すると時効と登記の問題に関する2つの判決と、民法177条の第三者の範囲の問題の判決とに分類することができるが、すべて有効未登記の二重譲渡類型の第二譲渡が抵当権の設定であるという点で共通する。甲土地の所有者Aが、甲につきBとの間で権利変動の契約をしたが対抗要件を備えていない間に、Aが甲につきCのために抵当権を設定し登記も具備したというケースである。民法177条が適用されれば、当然、CはBに対して自己の抵当権を主張でき、その実行によって現れた買受人DもBに対して自己の所有権を主張しうる地位にある。逆に、BからすればA B間の甲についての権利変動の結果をCに対しては対抗しえず、Bの権利は抵当権実行によって否定されるはずである。にもかかわらず、最高裁は、2つのケースでBがCおよびDに対して自らの権利を登記なくして対抗できる可能性を認めた。つまり、ある不動産上の権利と抵当権が対抗関係にある場合に民法177条を適用しない場面があることを認めたのである。そして、このことを認めた平成24年判決と平成25年判決からいえることは、抵当権者は抵当権設

定時に、目的不動産の占有状況および権利関係を調査したうえで設定しなければ、自らの抵当権が否定される可能性があるということである。この点は金融機関等の実務に与える影響は大きいだろう。⁽³⁵⁾

では、所有権対抵当権の関係および地役権対抵当権の関係においては民法177条を適用しない場面を認めたにもかかわらず、賃借権（借地権）対抵当権の関係では最高裁はなぜあくまでも民法177条の適用を堅持したのであろうか。

（3）平成23年判決の位置づけ

すでに平成24年判決の評価に際して述べているように（上述3（3））、平成23年判決で抵当権設定登記時からの再度の時効取得が否定された理由について、理論上は次のように説明できよう。つまり、ある権利とある権利が対抗関係にあるといえるためには、どちらも排他性を有する権利つまり物権である必要があり、契約当事者間のみを拘束する債権と物権とは対抗関係にない。したがって、債権対物権の関係に、対抗関係に対して適用される「時効と登記」に関する判例の5準則は適用されない。

この説明は、理屈としては理解できるが、実質的側面から考えると、平成23年判決のケースだけ抵当権に対抗しえないとする結論には疑問を感じる。とくに、平成23年判決のケースでは、借地人Y₁は、夫Aが賃貸借契約を締結した1941（昭和16）年から2006（平成18）年まで、65年間賃貸借契約を継続しているのである。その間、当然に土地上に建物を所有することによって占有を継続し、おそらく賃料も継続して支払っているはずである。⁽³⁶⁾にもかかわらず、その後設定され・登記された抵当権の実行によつ

(35) 実際には、平成24年判決および平成25年判決のほとんどの評釈において、各論者がこの点を指摘している。

(36) 平成23年判決の事案では、平成18年にXが本件土地を買い受けた後に、
214(214) 法と政治 71巻1号（2020年5月）

てその権利を否定される理由が、賃貸借契約による債権でしかないからというのはいかがなものか。もちろん、平成8年に抵当権が設定される以前に建物保存登記をしていれば保護されたのであって、すべきことをしていなかったからその権利を否定されても仕方がないとはいえる。だが、この点は、平成24年判決および平成25年判決のそれぞれの事案でも同じである⁽³⁷⁾。とすれば、Y₁の借地権が賃貸借契約による債権であるからという理由だけではなく、より説得的な理由が必要であろう。

そこで、上で用いた甲土地とA B C Dの設例を再び用いて抵当権者Cの側から考えてみよう。すでに述べたように、平成24年判決および平成25年判決によって、抵当権者が抵当権を設定するには目的不動産である甲土地の現況調査が不可欠であるといえる。よって、Cが実際に現況調査をした結果、Bが占有をしていることが分かったとして、Bに対して占有権原を問うことになろう。BがAから買い受けたといった場合には、この時点で所有権の帰属が問題になり、B C間で再度の時効取得によるBの所有権の主張という紛争にはならないであろう。ところが、BがAから借り受けているといった場合には、当然、その借地権に対抗力が具備されているかを調査することになるが、その調査の結果として、対抗要件が具備されていれば甲土地は底地価格として、対抗要件を欠いていれば甲土地は更地価格として評価されることになろう。そして、抵当権設定時に、対抗し得る利用権が存在しないと評価したにもかかわらず、10年後20年後に賃借権の時効取得を主張することによって対抗力が復活されてしまうと、これはCにとって酷なことになろう。その期間、債務者が被担保債権の弁済を怠らなければ抵当権者Cが抵当権を行使することによって時効期間を更新

Y₁からXに対して賃料支払の提供がされている。

(37) 平成25年判決は、破棄差戻しであって、実際にXらの通行地役権が抵当権者に対抗しえたかどうかは分からない。

させる手段が存在しないのであるから。⁽³⁸⁾また、更地として評価して買い受けたDがいた場合も、Dにとって酷であろう。このように考えれば、やはり平成23年判決が対抗要件の不備の治癒を認めなかったとしても致し方がないともいえる。

それでは、通行地役権の場面を考えると果たしてどうだろうか。Cが甲土地に抵当権を設定する際に、甲土地に何らかの通路が存在したため、その通路の権利関係を調査し甲土地を承役地とする通行地役権が設定されていることを知った。Cとしては採りうる手段は、通行地役権が設定された承役地として甲を評価するか、それとも通行地役権の存否を争うかのどちらかとなろう。通行地役権の存否を争う場合には、まず抵当権を設定し登記をした上でBに対して登記の欠缺を主張することになるが、ここで、まず平成25年判決自体が問題となる。

平成25年判決の規範は、通行地役権の承役地が担保不動産競売により売却された場合において、と場面が限定されているため、CがBとの間で通行地役権の存否について争う場面とは事案を異にする。しかし、平成25年判決は以下のようにいっている。

「抵当権者は、抵当権の設定時において、抵当権の設定を受けた土地につき要役地の所有者が通行地役権その他の何らかの通行権を有していることを容易に推認することができる上に、要役地の所有者に照会するなどして通行権の有無、内容を容易に調査することができる。これらのことに照らすと、上記の場合には、特段の事情がない限り、抵当権者が通行地役権者に対して地役権設定登記の欠缺を主張することは信義に反する」。

抵当権者は通行権の有無、内容を容易に調査することができるが、調査

(38) 解釈論として、166条3項ただし書(旧166条2項ただし書)による承認により時効期間の更新がされるとするものもある。例えば、香川前掲注(16)参照。

の結果、通行権が存在した場合には、原則として常に、その登記の欠缺を主張することが信義に反すると解してよいのかどうかの問題となる。ここで改めて、平成10年判決および平成25年判決の射程の問題として、通行地役権に限定するのか、それとも他の利用権も含めるのかの問題となる。通行地役権というものが実際にはほとんど登記されないという点を重視すれば、抵当権者は通行地役権者に対して常にその登記の欠缺を主張することが信義に反するという結論につながり、その結果として、あくまでも通行地役権に限定するという立場になるのではない⁽³⁹⁾。これに対して、すべての利用権も含めてしまうと、対抗要件を欠く利用権すべてに対してその登記の欠缺を主張することが信義に反するとなってしまう、抵当権者は、対抗要件を具備しない利用権に対しても対抗しえないことになる⁽⁴⁰⁾。これは、例えば395条などに反する結果となり妥当ではないであろう。よって、平成10年判決および平成25年判決は、通行地役権に限定した規範と解することが妥当となる。

そう解すると、上記の設例ではCは甲土地に抵当権を設定する際に、Bの未登記通行地役権が設定されていることが分かれば、常に通行地役権の承役地として甲を評価すべきことになろう。そして、これはあくまでも通行地役権の特殊性から導き出される帰結であり、借地権などの他の利用権⁽⁴¹⁾には及ばないと考えることができる。

以上のように考えれば、平成23年判決の位置づけとして、平成24年判決および平成25年判決が、対抗要件の不備が一定の場合に治癒されるケースであるのとは異なり、あくまでも抵当権と利用権の調整の問題として位

(39) 「特段の事情のないかぎり」という例外を認める余地は残されている。

(40) ここでは、「特段の事情」を広く解することで調整は可能であるが、それでは「特段」の事情ではなくなってしまう。

(41) 賃貸借契約による通行権であれば含めてもよいとは考える。

置づけ、その規範は先例としての価値を有すると評価することも可能であろう。⁽⁴²⁾

お わ り に

以上、平成23年判決、平成24年判決、平成25年判決という3つの判決の関係性に限定して不十分ながら検討した。そこでは、平成23年判決は、平成24年判決および平成25年判決とは異なる射程であり、それぞれは矛盾しないと位置づけることが可能であることが分かった。だが、筆者の考えでは、平成23年判決の結論が妥当とは考えていない。土地所有者と有効に賃貸借契約を締結し、安定的に土地利用が継続し、それが65年もの長期間にわたっているにもかかわらず、抵当権の実行により消滅することにはやはり疑問がある。それでは、どのように借地人を保護すべきか。平成25年判決の規範を借地権にも及ぼして借地権者を保護するという考え方に無理があることは、上述のとおりである。そうすると、抵当権設定時に、借地人が多年にわたり当該不動産を占有している事実を認識しており、借地人の登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められる事情が存在するときは、抵当権者は背信的悪意者として民法177条の第三者から除外するという最判平成18年1月17日民集60巻1号27頁（以下、「平成18年判決」という）を用いて借地人を保護する手段が考えられ⁽⁴³⁾る。ただし、この手段は、平成18年判決の規範の要件である多年にわたる占有継続の認識とともに必要とされる「登記の欠缺を主張することが信

(42) もちろん、平成23年判決と平成24年判決の関係についての分析の際に触れたように、賃借権の時効取得に関する判例は手続的瑕疵の治癒という側面を有していることを重視すれば、借地権の對抗要件の不備も、賃貸借契約の存続による長期間の占有によって治癒するという立場もとりうる。

(43) このような考え方は、草野前掲注(6)において主張されている。

義に反するものと認められる事情」についてかなり緩やかに解さなければならぬ⁽⁴⁴⁾。この点において見解が分かれるところであろうが、筆者としてはゆるやかに解して良いのではないかと考えている。また、借地権の対抗力の欠缺について、賃貸借契約の長期間の継続とそれに伴う占有継続によって治癒されるとする立場も、抵当権設定登記時からの再度の賃借権の時効取得を認めるという構成をとることで、可能ではある。いずれにせよ、安定的に継続している土地利用の重要性と担保としての抵当権の重要性の2つの間でどのようにバランスをとるべきかという点において、今回分析した3つの判決により、やや土地利用の重要性に傾いたといえるのであり、この傾向をもう一步進めれば借地権も登記なくして対抗することができるとする判決が現れるかもしれない。

さて、これまでの検討は、あくまでも最高裁判例の立場、とくに時効と登記に関する5つの準則や397条についての解釈における判例の立場を前提にした上で、分析を行ってきた。しかし、そもそも、時効と登記に関する判例の立場自体の妥当性については検討すべきである。もちろんこの点に関しては優れた先行業績が蓄積されてはいるが、もう一度、本稿で取り上げた3つの判決もふまえた上で、判例の立場に対する批判的検討が必要であろう。

以上

(44) 平成18年判決の事案では差戻審において背信性は否定されたようである。田中淳子前掲注(16)179頁参照。

Die Hypothek und § 177 im japanischen BGB
—Die Analyse der drei kürzlich ergangene
höchstrichterliche Entscheidungen—

Yousuke HARI

Einleitung

1. Fragestellung
 2. Gegenstand der Untersuchung
 - I. Die Urteil des Obersten Gerichtshofs v. 21.1.2011
 1. Tatbestand und Leitsatz
 2. Entscheidungsgründe und Anmerkungen
 3. Zusammenfassung
 - II. Die Urteil des Obersten Gerichtshofs v. 16.3.2012
 1. Tatbestand und Leitsatz
 2. Entscheidungsgründe und Anmerkungen
 3. Zusammenfassung
 - III. Die Urteil des Obersten Gerichtshofs v. 26.2.2013
 1. Tatbestand und Leitsatz
 2. Entscheidungsgründe und Anmerkungen
 3. Zusammenfassung
 - IV. Die Analyse der drei Urteile des Obersten Gerichtshofs
 1. Überprüfung der Entscheidungsgründe der drei Urteile
 2. Gemeinsamer Punkte, Abgeleitet Norm
 3. Die Beziehung zwischen den drei Entscheidungen
- Ergebnis